

医療訴訟における鑑定意見・私的鑑定意見の 証拠評価について

堀 清 史

1 はじめに⁽¹⁾

本稿では、鑑定意見及び私的鑑定意見（以下では、鑑定意見等と表記することがある）の証拠評価について、最高裁判所の判例を素材として、専門的・科学的知見に対して法的・規範的判断を強調することが適当な場合とはどのような場合であるのかということにも留意しつつ、検討することが予定されている。本稿は、実務的な関心を満足させることを直接の目的としたものではないが、理論と実務の交錯する領域であることについては、強く意識して検討を進めたい。もっとも、本来であれば、このようなテーマについて検討する場合、実際の鑑定意見等にも触れる必要があると考えられるが、本稿ではほとんど達成できていない。この点は今後の課題としたい。

まず、本稿で取り扱う鑑定意見は、単独の鑑定人によって書面で行われる、いわゆる単独書面鑑定を念頭に置いている。これに対応して、私的鑑定意見についても、当事者の依頼によって、専門家が私的に執筆した意見書を考察の対象としている。他方、カンファレンス鑑定等の鑑定手法については、今回は、基本的には考察の対象としていない。アンケート鑑定については、書面で結果が出るため、今回の考察の対象となりうるところであるが、この手法については、この手法が適当な事案というのがどのようなものであるか、というところが重要になってくるように思われるため、考察の対象から除外

(1) 本稿は、平成25年6月1日に行われた、日本民事訴訟法学会関西支部研究会での報告をもとにしている。研究会の席上でご指導・ご教示いただいた先生方に、心より御礼申し上げます。

することにする。

本稿の結論から述べれば、鑑定意見及び私鑑定意見の証拠評価については、次のように考えられる。まず、鑑定意見等の証拠評価のうち、(1)専門的知見に踏み込まない評価と、(2)専門的知見に踏み込んだ評価を分ける。(1)の判断は、その内容によって、①その鑑定意見等を証拠として利用すべきでない場合、②その鑑定意見等について疑いをもちつつ評価すべき場合、③その鑑定意見等について基本的には疑いを持たずに評価すべき場合を分ける機能を有する。(2)の判断については、判例等において注意すべきとされた点から何らかの手がかりを導き出してみたい。

2 前提事項の整理

(1) 私的鑑定意見・意見書について

本稿では、鑑定人が裁判所によって選任される、いわば正規の鑑定とともに、いわゆる私的鑑定についても取り扱う。このため、まず、私的鑑定について、前提となる事項を整理しておきたい。

当事者の一方が学識経験ある第三者に依頼して、経験則についての専門的知識あるいは経験則を用いて得た事実判断の内容を裁判所に報告することを、私的鑑定または私鑑定と呼ぶとされる⁽²⁾。また、これが書面の形で提出される場合、意見書とも呼ばれる。実務では、書証としての取り扱いがされているようである。医療訴訟の場合を念頭に置くと、協力医がその作成にかかることを明らかにして作成する場合、匿名で作成する場合、協力医により提供された情報を弁護士である代理人が準備書面にする場合等があるとされる⁽³⁾。本稿で問題にするのは協力医がその作成にかかることを明らかにして

(2) 秋山幹男・伊藤眞ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』(日本評論社、2010年)、289頁等。

(3) 池田辰夫ほか「医事関係訴訟における審理手続の現状と課題(上)」判例タイムズ1330号(2010年)5頁以下、15頁(村田涉発言)。

作成する場合である。医療関係訴訟については、「原告患者側代理人は、訴訟提起時等の早期の段階で協力医の意見書を提出することが望まし」⁽⁴⁾い、とされることもあるなど、実務的には、現に広く行われているだけでなく、一定の場合にはその提出が望ましいことであるとされている。これは、訴え提起時に過失が特定されていることが望ましいから等の理由からである⁽⁵⁾。

これに対しては、私鑑定書について、「私鑑定の報告書を書証としてあつかつてよいということになると、その成立の真正につき自白があるかその証明があれば、報告書の内容である私鑑定意見を受訴裁判所がそのまま事実認定の資料とするであろう。これでは、相手方当事者は、報告書の成立の真否を争えるだけで、私鑑定を引き受けた者の専門的学識経験者としての適格性を争うこともできず、また、誠実に鑑定をすることを妨げる事情があることを主張して忌避するという権利（民訴305条・306条（現214条））を奪われ、また、私鑑定の報告書の記載内容に関しても、正規の鑑定人の場合のような当事者の尋問権の保障（民訴301条・294条（現215条の2・216条））が潜脱されることにもなる」として、私鑑定を当事者の陳述の一部として取り扱うのを基本とする見解⁽⁶⁾がある。「私鑑定報告書を書証として取り扱うことじたいを違法とすることはできない」ため、「提出された私鑑定の内容は、原則として提出当事者の陳述の一部とみるべきであるが、私鑑定報告書を提出して書証の申し出があったときは、正規の鑑定を不当に潜脱する趣旨と認められる

(4) 池田ほか・前掲注(3), 14頁（村田渉発言）。東京地裁の医療集中部に関する発言である。

(5) 池田ほか・前掲注(3), 14頁（村田渉発言）。そこでは、この他に、意見書が提出されている方が、「医学的な裏付けが得られているという意味において、裁判官の心証に働き掛けることができ、原告患者側を有利にする訴訟活動である」ことも挙げられているが、これは、意見書の提出に消極的な原告側代理人に対するメッセージと理解すべきであろう。また、これらの記述の後に、「問題となっている診療科目・専門領域外の協力医の意見書が提出されることもあります、多くの裁判官は、このような意見書が提出されると、審理が混乱し、真の争点への絞込みができないことが少なくないように感じています」と述べられているところから、やはり、意見書による争点整理機能を重視しているものと考えられる。

(6) 中野貞一郎「鑑定の現在問題」『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社，1989年），141頁以下，177頁。

場合を除き、書証としての証拠調べをしてよい。ただ、前述した私鑑定の難点は、書証としての私鑑定報告書に対する裁判所の証拠評価において十分に斟酌されなければならないだろう」⁽⁷⁾とされるのである。

いずれの見解においても、書証として扱う場合には証拠価値について注意すべきであるということに変わりはなく、少なくともその限度では一致がある。問題は、私鑑定書の証拠価値ないし証明力を、減殺してあるいは割り引いて評価するといった場合に、具体的にどのようにそれを実現するのかということである⁽⁸⁾。もっとも、私的鑑定意見書の提出を推奨する立場と、その利用を警戒する立場とでは、証明力の減殺の程度についても差が出る可能性がある。

また、私的鑑定書を書証として扱うことを肯定したとしても、その評価の基準は正式の鑑定とは全く異なったものとするとも考えうる。本稿では、私的鑑定書につき、正式の鑑定意見を評価する場合と全く異なった基準で評価しうることを否定するものではないが、基本的な枠組みを鑑定意見の評価基準と同一にしつつ、私的鑑定書の問題点を考慮しうるような評価基準を模索してみたい。

(7) 中野・前掲注(6), 185頁。なお、木川統一郎「専門訴訟における書証(専門文献・私鑑定)と自由心証主義」判例タイムズ1156号(2004年)も、私鑑定は原則として当事者の主張であるとする。私鑑定を書証として扱う場合、「書証というのは署名者が作成したことを証するのみ(書証の形式的証拠力)。記載内容の技術的・医学的「真実性」(実質的証拠力)については証明力なし。この意味で、私鑑定は証拠でない」と表現されており、そこから事実を認定できるところの通常書証とは異なることが前提とされている。この見解によった場合、そもそも私鑑定の(実質的証拠力についての)証拠価値を減殺するという発想が誤っていることになる。

(8) 前掲注(2)秋山・伊藤ほか, 309頁には、スモン訴訟を念頭におきつつ、正規の鑑定人の忌避に関して、「鑑定人に事実上代替性がないときに、鑑定事項について最適の専門家の鑑定意見を得ることを理由に、たとえ忌避事由が存在しても直ちに忌避を認めるべきでなく、忌避事由の存在を鑑定の証拠価値の評価において考慮すれば足りるとする見解」に対して、「忌避事由の存在が当然に証拠価値を低めるかどうかについても、自由心証主義との関係で疑問がある」との記述がある。

(2) 鑑定意見の評価の基準

鑑定意見の評価については、要旨、次のような見解が述べられており⁽⁹⁾、広い支持を得ているとされる⁽¹⁰⁾。

- 1 鑑定の結果が他の証拠からも推測されるところに合致する場合には、これを採用し、同趣旨の判断をする。この場合には、鑑定があることにのみ依拠して判断が安易に流れることのないようにすべきだが、その結論が不利益となる側の当事者が説得力のある反論を示さないなら、このことを弁論の全趣旨として斟酌することができる。
- 2 鑑定の結果が、他の証拠もしくは裁判所の既成の知識から予測されたところと異なり、または鑑定理由の一部に疑問点があつて、ただちには採用しがたいという場合、あるいは、結論または理由付けを異にする複数の鑑定がある場合。
 - (1) 鑑定の前提とした事実が他の証拠上確定される事実関係に合致しないときには、鑑定の結果を斥けることになる（相違が鑑定の結論を導くのに重要な要素である場合）
 - (2) 鑑定が何らかの科学的検査や実験を伴うものである場合には、その検査・実験の材料、方法、所与の条件が適当であるか否かを十分吟味し、その普遍化しうる範囲を考え、少なくともそれを当該事件にそのまま利用できるものかどうかを判断する。
 - (3) 裁判所がなすべきことは、生の科学的判断ではなく、法的、規範的判断であり、かつ、あくまで当該事件の解決に必要な限度での判断資料を求めることであるから、鑑定人と同等またはそれ以上の科学的水

(9) 野田宏「鑑定をめぐる実務上の二、三の問題」中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』（日本評論社、1988年）、1頁以下、19、20頁。

(10) 中野貞一郎「科学鑑定の評価」前掲注(9)所収、27頁以下、28頁、西岡繁靖「医事関係訴訟における鑑定等の証拠評価について」『民事実務研究Ⅲ』（判例タイムズ社、2008年）171頁以下、177頁等。

準に立つことを要求されるものではない。鑑定理由を理解しうる程度の知識をもって、健全な常識を働かせて、鑑定理由を他の文献等と対照し、あるいは結論の異なる二つの鑑定の理由を比較検討することにより、当該事件に適切な法則を見出すべきである。

この基準⁽¹¹⁾は、実務上の経験から導き出されたものであり⁽¹²⁾、説得力がある。他方、異なるレベルの判断が混在しているため、基準としての明確性には欠けるところがあるようにも思われる。本稿では、基本的にはこの基準に従いつつ、判断基準を明確化あるいは再構成することを試みてみたい。その際、専門的・科学的知見に対して法的・規範的判断を強調することが適当な場合とはどのような場合であるのか、ということに留意したい。上記の基準においても指摘されているように、裁判所がなすべきことは法的、規範的判断であり、それは科学的知見が問題になる訴訟においても同様である。そして、法的・規範的判断は、裁判所が、科学的知見によって示された結論と同趣旨の判断をする場合においてもされていると考えられるから、法的・規範的判断は、常に可能であり、また必要であるといえる。しかし、裁判所のする判断が法的・規範的判断であることを理由として、科学的知見によって示された結論と異なる判断をする場合、この判断の当否が問われなければならないように考えられる。「訴訟における証明と自然科学的証明の関係」に関しては、裁判官の判断は究極的には法的価値判断であり、自然科学的分析のみで訴訟上の証明を考えることはできないが、不毛な科学論争に陥ることを避けるあまり、訴訟上の証明を自然科学から切り離すことを過度に強調すること

(11) 野田・前掲注(9), 21頁には、(4)として、「ここで裁判所にとって實際上重要なことは、鑑定結果についての当事者双方の意見を聞くことである。それは、前述の生の科学論争をさせるということではなく、法律家としての訴訟代理人が理解し、規範的判断として形成したところを述べさせて、裁判所の理解の助けともし、誤解、独断を防ぎ、さらに、当事者の陳述を弁論の全趣旨として斟酌することである」とある。重要な指摘であろうと考えられるが、基準としての性格は希薄であるので、本文中では引用しなかった。

(12) 野田・前掲注(9), 18頁。

にもまた問題があるというべきである」⁽¹³⁾という指摘は正当なものであり、そうであれば、どのような場合には法的・規範的判断であることを強調するのが妥当であるのか、という問いが立てられるべきだからである。

もっとも、鑑定意見等の評価をテーマとする本稿では、この問題についての検討も鑑定意見等の評価基準についての検討を通じて行わざるを得ず、その面からの制約がある。この問題は、むしろ、後に検討する、いわゆるルンバル事件（後掲3・(1)）で示されたような判断の可否とより深い関係がある。したがって、本稿では、この問題についての検討は断片的にならざるを得ないことになる。これについては、将来の検討課題としたい。

3 最高裁判例

(1) 最判昭和50年10月24日民集29卷9号1417頁

いわゆる、ルンバル事件についての上告審判決である。「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」として、訴訟上の証明の原則的な基準を明確にしたことでも有名な判例である。法廷意見において、鑑定意見の証拠評価について述べられている部分としては、次のものがある。

「脳波研究の専門家である鑑定人長谷川和夫は、結論において断定するこ

(13) 笠井正俊「医療関係民事訴訟における事実的因果関係の認定と鑑定」法学論叢154巻4・5・6号（2004年）428頁以下、430、431頁。もっとも、「訴訟では、目前にある当事者間の紛争に対して、いま直ちに最終的な解決を与えなければならない」という困難が存在する。中野貞一郎「科学裁判と鑑定」『民事裁判小論集』（信山社、2013年）、271頁以下、281頁。

とを避けながらも、甲第三号証（上告人の脳波記録）につき「これらの脳波所見は脳機能不全と、左側前頭及び側頭を中心とする何らかの病変を想定せしめるものである。即ち鑑定対象である脳波所見によれば、病巣部乃至は異常部位は、脳実質の左部にあると判断される。」としている」。

また、本判決には、大塚喜一郎裁判官の補足意見が付されており、鑑定意見等の評価について、以下のように検討されている。

「『……尚この脳波所見からは、合併症として脳出血の有無は判断出来ない。』とし、脳波研究専門家である同鑑定人（引用者注：長谷川和夫）は、脳波所見の限界として、病巣部ないしは異常部位が脳実質の左部にあることのみでは疾患の原因が何であるかを診断することは、特殊の場合を除いて困難であり、さらに、被検者の臨床像やレントゲン所見、脊髄液所見等の他の臨床検査所見を参考にして総合的に考察しなければならないとしている。したがって、前記の「合併症として脳出血の有無は判断出来ない。」という所見は、右の総合的考察を必要とする結論を導き出すための思考過程の所見であって、それ以上の意味をもつものではない」。

「鑑定人糸賀宜三の鑑定書によれば、本件発作の原因として、脳炎を伴う化膿性脳膜炎の再燃に基づくものと理解するのが可能性の高い判断と思われるとしており、同人の証言によると、右鑑定は甲第三号証の脳波所見に有力な根拠を求めていることが窺われる。しかし、同人は脳波の専門家ではないから、同鑑定書中の脳波所見よりは専門家である長谷川鑑定書の前記所見を信用すべきである」。

大塚補足意見では、鑑定人の専門性を理由として、複数の鑑定意見のうち、いずれを信用すべきかを決定している。すなわち、糸賀鑑定書の、「脳波所見に有力な根拠を求め」てされた、「本件発作の原因として、脳炎を伴う化膿性

脳膜炎の再燃に基づくものと理解する」判断に関する証拠価値について、長谷川鑑定意見の、「脳波所見の限界として、病巣部ないしは異常部位が脳実質の左部にあることのみでは疾患の原因が何であるかを診断することは、特殊の場合を除いて困難である」とする部分と対比して、脳波の専門家である長谷川鑑定意見を信用すべきであるとして、糸賀鑑定書の証拠価値を認めなかったのである。

(2) 最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁以下

被告とされた医師らによる診療を受けたDが顆粒球減少症にかかって死亡したことにつき、Dの相続人らが、医師に対して債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。鑑定意見の証拠評価について特徴的な部分を引用する。

「(四) 起因剤の認定について

- (1) 本件鑑定は、四月一〇日から同月一三日までの間にDに投与されたネオマイゾンが唯一の起因剤として最も疑われると判断する。
- (2) しかしながら、本件鑑定は、被上告人B1がDに投与した薬剤については、ネオマイゾンを含めていずれも起因剤と断定するには難点があるものであることを認めつつ、Dの発症時期に最も近接した時期に投与されたことを論拠として「ネオマイゾンが起因剤として最も疑われるが確証がない」とし、複数の右薬剤の相互作用により本症が発症することはあり得るものの、本件においては、そのような相互作用による本症の発症は医学的に具体的に証明されていない、とするものであって、その蓋然性を否定するものではない。
- (3) 本件の証拠として提出された医学文献（甲第二九号証、乙第四号証の一、二）には、「本症の病因論は未完成な部分が多く、薬剤による好中球減少の機序は多様であり、詳細な機序については決定的なことはいえず、個々の症例において原因薬剤を決定することは困難なことが多い。」旨が記載されていることからすると、ネオマイゾンが最も疑わ

れるが確証がないという本件鑑定のみからネオマイゾンを唯一単独の起因剤と認定することには、著しく無理があるものといわざるを得ない」。

「(五) 発症日の認定について

- (1) 本件鑑定は、発症日を四月一三日から一四日朝と判断し、その論拠として、四月一四日より前のDの病歴に本症発症を確認し得る検査所見及び症候がないこと並びに同日以降のDの症状の急激な進行から推測すると同日よりも相当前に発症していたとはいえないことを挙げる。
- (2) しかしながら、四月一四日より前のDの病歴に本症発症を確認し得る検査所見等がないというのは、同日までに白血球分画検査並びに本症発症の可能性をも想定した問診及び診察がされたにもかかわらず本症の発症が認められなかったというのではなく、被上告人B1がDには既に同月一二日に発疹が生じていたにもかかわらずこれを看過し診療契約上の検査義務及び経過観察義務を怠り、客観的検査を行わず、本症特有の症状の有無に意識的に注意を払った問診及び診察もされなかった結果をいうにすぎない。

また、本件鑑定は、同被上告人によりDに投与された薬剤を原因として四月一三日よりも前に本症が発症していた可能性を一般的に否定するものではないが、このことを科学的、医学的に証明できるだけの事実を見いだすことができなかったという趣旨のもので、Dの本症発症日をどこまでさかのぼり得るかについて科学的、医学的見地から確実に証明できることだけを述べたにとどまる。」

「以上によれば、本件鑑定は、Dの病状のすべてを合理的に説明し得ているものではなく、経験科学に属する医学の分野における一つの仮説を述べたにとどまり、医学研究の見地からはともかく、訴訟上の証明の見地からみれば起因剤及び発症日を認定する際の決定的な証拠資料ということとはできない。そうすると、本件鑑定のみに依拠して、ネオマイゾンが唯一単独の起因剤であり、Dの本症発症日を四月一三日

から一四日朝とした原審認定は、経験則に違反したものというべきである」。

本判決が原判決を破棄した理由の一つには、原審が顆粒球減少症の発生原因の捉え方を誤ったことがあるとされているが⁽¹⁴⁾、最高裁と原審とは鑑定意見に対する評価もかなり異なっている。本判決では、原審が依拠した鑑定意見について、「科学的、医学的見地から確実に証明できることだけを述べた」ものと評価されており、このことが原審判断との決定的な差を導いたと考えられる。

まず、起因剤の認定に関する部分では、最終的には、提出された医学文献と比較検討して、原審の事実認定に無理があると判断しているのであるが、この部分において、最高裁は、原審の事実認定（及びそれが依拠する鑑定意見）と医学文献を単純に比較しているのではないと考えられるのである。ここでの鑑定意見は、「科学的、医学的見地から確実に証明できることだけを述べた」ものであるので、「ネオマイゾンが起因剤として最も疑われる」としても、複数の薬剤の相互作用による発症を否定しない点で、この鑑定意見には、顆粒球減少症の「個々の症例において原因薬剤を決定することは困難なことが多い」という医学文献の一般論を覆しうるほどの証拠価値がないと判断されている。したがって、本判決は、専門文献の記述に基づいて鑑定意見を排斥してはならない、という指摘⁽¹⁵⁾と実質的に矛盾するものではないと考えら

(14) 野山宏「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇 平成9年度（上）』（法曹会、2000年）、279頁以下、294頁、笠井・前掲注(13)、443、444頁、西岡・前掲注(10)、182頁等。

(15) 木川統一郎「民事鑑定における心証形成の構造」木川統一郎編『民事鑑定の研究』（判例タイムズ社、2003年）2頁以下、14頁など。そこでは、「一番注意しなければならないのは、専門文献によって、裁判上の鑑定を排除し、これと異なる判断を裁判所がすることである。これは違法である。なぜなら、体系的な専門知識をもたない裁判官には専門文献の評価を有権的にする知見はないからである」とされている。また、「体系的な専門知識をもたない」ことについては、「ある教科書のあるページで、状況を詳細かつ特定の記載し、この場合のある診療行為はエラーであると断定していても、他の箇所では、一定の状況であれば例外となると記載されているかもしれないのである」ということを挙げられている。

れるのである。

また、発症日の認定に関する部分では、「四月一四日より前のDの病歴に本症発症を確認し得る検査所見及び症候がないこと」を一つの理由として「発症日を四月一三日から一四日朝と判断し」た鑑定意見について、「四月一四日より前のDの病歴に本症発症を確認し得る検査所見等がないというのは、同日までに白血球分画検査並びに本症発症の可能性をも想定した問診及び診察がされたにもかかわらず本症の発症が認められなかったというのではなく、被上告人B1がDには既に同月一二日に発疹が生じていたにもかかわらずこれを看過し診療契約上の検査義務及び経過観察義務を怠り、客観的検査を行わず、本症特有の症状の有無に意識的に注意を払った問診及び診察もされなかった結果をいうにすぎない」としている。これは、鑑定意見が、「科学的、医学的見地から確実に証明できることだけを述べ」という立場から、確実に述べられること、すなわち、昭和51年4月14日午後4時30分の採血の時点での白血球数（及びそこから推測される好中球数）を根拠として、4月13日から14日朝には顆粒球減少症を発症していたとしていたのに対し、原審が、検査がされたうえで可能性が否定された場合と検査そのものがされなかった場合の違いを考慮せずに、13日よりも前の発症を否定したことを戒めるものである。この部分だけを見ると、原審の判断は、ある意味では鑑定意見の恣意的なつまみぐいともいえるべきものであろう。もっとも、鑑定意見は、4月14「日以降のDの症状の急激な進行から推測すると同日よりも相当前に発

この指摘は、鑑定意見の場合、当該事件に即した形で専門的知見を供給できるが、医学文献の場合、主に一般的な事案を想定した専門的知見を供給できるようにせず、したがって医学文献の利用には注意が必要であるという点を含む、重要なものであると考えられる。もっとも、鑑定意見と医学文献の記述が、一見抵触するように見えても、実はそうではないのであれば、この指摘に反することにはならないであろう。鑑定意見が「科学的、医学的見地から確実に証明できることだけを述べた」ものだとすると、鑑定人の真意は、そもそも、「ネオマイゾンが起因剤として最も疑われる」というところではなく、むしろ、「確証がない」とする部分にあったとみるべきである。したがって、この読み方からすれば、そもそも鑑定意見と医学文献の記述の間に対立はなく、専門文献の記述に基づいて鑑定意見を排斥したことにはならないことになる。

症していたとはいえない」ことも、発症日認定の根拠としており、これについては、最高裁は、4月13日より前の時点で発症していた可能性を否定できない以上、重視すべきでないとしている⁽¹⁶⁾。

(3) 最判平成11年3月23日判時1677号54頁以下

本件は、顔面けいれんの根治手術である脳神経減圧手術を受けてまもなく脳内血腫等が発生し、これによって死亡したAの遺族であるXらが、手術担当医等に対し不法行為に基づく損害賠償を請求している事案である。鑑定の評価についての特徴的な判示として、次のものがある。

「尚、鑑定人丁原の鑑定は、診療録中の記載内容等からうかがわれる事実符合していない上、鑑定事項に比べ鑑定書はわずか一頁に結論のみ記載したもので、その内容は極めて乏しいものであって、本件手術記録、AのCTスキャン、その結果に関する被上告人丙川、同乙山らによる各記録、本件剖検報告書等の記載内容等の客観的資料を評価検討した過程が何ら記されておらず、その体裁からは、これら客観的資料を精査した上での鑑定かどうか疑いがもたれないではない。したがって、その鑑定結果及び鑑定人の証言を過大に評価することはできないというべきであ

(16) 笠井・前掲注(3)、445頁は、最高裁判決における、鑑定意見が症状の進行を急激なものとしていたことを批判する部分について、こ「の部分からは、本件鑑定の前提事実の問題があったことがうかがわれる」としている。この場合の鑑定の前提事実として、4月13日より前の時点で発症していた可能性を考慮すべきであったとされるのであろうか。ただ、この部分については、鑑定意見が事実の評価を誤っているとみることもできる。すなわち、14日より前の検査所見等が存在しないのは、それ以前に検査が行われていなかったことを示すのみであるのに、鑑定意見は、この事実から、14日朝（あるいは13日）より前の、顆粒球減少症不発症を推論し、そこから、16日朝に好中球数が零になったことをもって、症状の進行が急激であったとしているのである。この場合において、14日より前の検査所見が存在しないことからそれ以前の顆粒球減少症不発症を推論することは誤っているであろう。

なお、原審は、症状の進行については、「急性の劇症型に近いもの」としており、原審も、急性劇症型の典型的な経過を辿ったわけではないということを認識していたものと考えられる。

る」。

本判例は、鑑定につき、客観的な事実あるいは前提となる事実とのズレがあること、客観的資料を評価検討した過程などが示されておらず鑑定書の内容が極めて乏しいことを指摘して、これを過大に評価することはできないとした。これは、鑑定書の内容から、鑑定人の能力あるいは誠実性に疑問があるとしたものであろう。そして、鑑定人の能力等に疑いを持ったために、鑑定人の証言も同様に信用性の低いものと考えているようである。

(4) 最判平成18年1月27日判時1927号57頁以下

本件は、入院中にメチシリン耐性黄色ブドウ球菌（MRSA）に感染するなどした後に、全身状態が悪化して死亡した患者の相続人が、病院を開設した法人に対して、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求める事案である。まず、私的鑑定意見の評価について、次のような判示をしている。

「しかし、本件記録によれば、G意見書は、エポセリンやスルペラゾンがその投与の時点で細菌に対する感受性を有していたことを指摘するにとどまるものであって、これらに代えて狭域の抗生剤を投与すべきであったか否かという点については検討をしていないことがうかがわれるのであり、同意見書が、被上告人提出のものであり、その内容について上告人らの尋問にさらされていないことも考慮すると、安易に同意見書の結論を採用することは相当でない」。

つぎに、鑑定意見、私的鑑定意見の評価については、以下のような判示がある。

「原審が、上告人ら提出のF意見書によっても、実情としては多種類の抗生剤を投与することが当時の医療現場においては一般的であったこと

がうかがわれるとした上で、H鑑定書及びG意見書に基づいて、C医師らが多種類の抗生剤を投与したことに過失があったとは認め難いとしたものであることは、原判決の説示から明らかである。

しかしながら、本件記録によれば、前記院内感染防止マニュアルには、MRSA 感染症の発症を予防するためには、科学的評価に基づく適正な種類の抗生物質のみを使用すべきであると記載されているし、F意見書やI意見書にもこれと同趣旨の記載があることからすると、実情としては多種類の抗生剤を投与することが当時の医療現場においては一般的であったことがうかがわれるとしても、直ちに、それが当時の医療水準にかなうものであったと判断することはできないものというべきである。

また、H鑑定書には、C医師らが多種類の抗生剤を投与したことを問題にする記載部分がないことは、原判決の説示するとおりであるが、本件記録によれば、同医師らが多種類の抗生剤を投与したことの適否については、鑑定事項とされなかったために、同鑑定書には、この点についての鑑定意見の記載がないことがうかがわれ、同鑑定書に上記記載部分がないことをもって、同医師らが多種類の抗生剤を投与したことの過失を否定する根拠とすることはできない」。

私的鑑定書については、一方当事者からの提出にかかるものであり、またその内容について反対当事者からの尋問にさらされていないことを理由に、安易にその結論を採用することはできないとした。私的鑑定書は当事者から提出されるものであるため、一般に、その当事者が有利になるように提出されると考えられる。このため、私的鑑定書の評価については注意が必要であることを改めて示したものであろう。なお、この私的鑑定意見書には、「被上告人提出のものでありながら」、「医師らが必要のない抗生剤を投与したことなどが、当時の医療水準にかなうものではないという趣旨の具体的かつ批判的な指摘をするものと理解できる記載がある」とされており、全ての記述が提出者に有利なものであったというわけでもなかったようである。

鑑定意見等についての評価の部分では、原審のした、鑑定書等の一部を根拠とする事実認定について、いわば恣意的なつまみ食いであり⁽¹⁷⁾、是認できないとした。まず、鑑定書や私的鑑定書に、当時の実情としては多種類の抗生剤を投与することが一般的であったという記載があったことからのみでは、それが当時の医療水準にかなうものであったと判断出来ないとしている。また、鑑定意見に、特定の事項の記載がないことを根拠として、その事項に問題がないとすることはできないとした。これは、ここで問題になった事項が、鑑定事項にされていなかったために、鑑定意見にそれを問題とする記載が現れなかったということを前提とするものであり、鑑定意見中に記載がなかったということをどう評価するかは、一様ではないと考えることができる。

(5) 最判平成18年4月18日判時1933号80頁以下

本件は、患者が、冠状動脈バイパス手術を受けたところ、術後に腸管え死となって死亡したことから、患者の相続人らが、医師等に対し、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。最高裁の判決文には直接は登場しないが、原審は病院側から提出された私的鑑定書を重視して判断しており、これを最高裁が批判したのが、次の部分である。

「なお、原審は、前記のとおり、開心術後の合併症としての腸管え死は、予後が悪く、死亡率が極めて高く、腸間膜動脈閉そく症例においては、

(17) 林道晴「入院患者が MRSA に感染した後に死亡した場合について、担当医師が早期に抗生剤バンコマイシンを投与しなかったこと等に過失があるとはいえないとした原審の判断に経験則又は最小法則に反する違法があるとされた事例」法の支配144号（2007年）63頁以下、73頁には、鑑定書中に最高裁「判決の説示した記載部分があるとするれば、原審の認定には、つまみ食いの評価の側面があり、少なくとも認定に反する記載部分に対しては、合理的な根拠を示して排斥する理由付けをすべきであったと考えられる」とある。なお、この文献は、判例(4)の特徴的な点として、「私的意見書の証拠評価についても鑑定書に準ずる扱いをしている点」を挙げており、「本判決の私的意見書の扱いは、客観的で説得力が一応ある私的意見書が提出されているような事例との関係では、当然のものといえる」としている。

発症後早期の段階で開腹手術を実施した場合とそうでない場合とで救命率に有意な差がないという報告例があること、平成3年当時の臨床の現場においては、開腹手術の適応及びその時期の判断は極めて困難であるとされ、一般的には、開心術後の患者の安定度は低く、術後間もない時点で開腹手術を実施することはちゅうちょされる状況にあったこと等の事実も認定している。しかし、〔1〕平成3年当時の腸管え死に関する医学的知見においては、え死部分を切除した時点で、他の臓器の機能がある程度維持されていれば、救命の可能性があるとされていたことは前記のとおりであり、〔2〕Aの腸管え死が上記報告例で取上げられている腸間膜動脈閉そく症例であるとは判明していないし、〔3〕24日午前8時ころは、本件手術の術後既に36時間余りが経過した時点であり、その間Aの症状は次第に悪化しており、経過観察を続ければ症状の改善を見込める状態にあったとはいえないことは前記事実関係から明らかであるから、上記認定事実は、前記判断を左右するものではない。

この部分は、判例時報の匿名コメントを参照すると、「病院側の私的意見書について、「冠状動脈バイパス手術後の開腹手術は患者への負担が大きい」という一般論を重視し過ぎるものであって、「患者が、手術の翌々日の午前八時ころには、開腹手術をしなければ救命の余地がないかも知れないという状況に陥っている一方で、開腹手術によってかえって生命の危険が高まるという状況にはなかった」という本件の具体的な状況を踏まえたものとはいえないことから、本件の判断に当たって説得力を有するものということとはできないと評価して、これを排斥」した部分に相当するものであらうと考えられる。これは、前提となる事実として、「ある時点においては、開腹手術をしなければ救命の余地がないかもしれない」という事実を認定し、この事実を前提としていない私的鑑定書について、証拠価値が低いと判断したものともみることができる。

(6) 最判平成18年11月14日判例時報1956号77頁以下

本件は、入院して上行結腸ポリープの摘出手術を受けた患者が、術後9日に急性胃潰瘍に起因する出血性ショックにより死亡したことについて、患者の相続人が、医師及び病院を開設する医療法人に対し、不法行為に基づく損害賠償を求める事案である。本件では、当事者双方から私的鑑定書が提出されており、これらの評価について、次のように判示されている。

「そうすると、4月29日以降のBの状態や前記2(3)の医学的知見から判断して、原審は、Y1において、Bに対し輸血を追加すべき注意義務違反があることをうかがわせる事情について評価を誤ったものである上、G意見書の上記イの意見が相当の合理性を有することを否定できないものであり、むしろ、E意見書の上記アの意見の方に疑問があると思われるにもかかわらず、G意見書とE意見書の各内容を十分に比較検討する手続を執ることなく、E意見書を主たる根拠として直ちに、Bのショック状態による重篤化を防止する義務があったとはいえないとしたものではないかと考えられる。このことは、原審が、第1回口頭弁論期日に口頭弁論を終結しており、本件の争点に係るG意見書とE意見書の意見の相違点について上告人らにG講師の反論の意見書を提出する機会を与えるようなこともしていないことが記録により明らかであること、原審の判示中にG意見書について触れた部分が全く見当たらないことからもうかがわれる。このような原審の判断は、採証法則に違反するものといわざるを得ない」。

ここでいう「E意見書の上記アの意見」とは、「E意見書は、「実際の臨床においては、HB値が5.0の状態でも、通常の生活を送ることは可能で、息切れがするという程度の主訴で患者が来院することはよく経験される。例えば、内痔核による下血や、子宮筋腫などの場合で、このような場合は、原因をつきとめ、止血し、鉄剤を投与することで、通常の状態に回復させることが可

能である。外傷性の肝損傷の患者が来院した場合、あっという間に腹腔内に出血を起こすような場合、出血量に見合った量を緊急的に輸血しなければ、生命は維持出来ないが、本症例のような出血の場合は、緊急輸血の必要性は、なかったと思われる。」「輸血を開始する前日、貧血は進行し、若干の血圧の変動も認められたが、その後、血圧は正常に保たれており、意識も清明、尿量も充分、確保されていることから、亡くなる当日まで、循環動態を含め、全身的な状態は、ほぼ、良好に保たれていたであろうと考えられ、出血量に相当する800mlの輸血量は必要かつ充分であり、妥当なものであったと考える。」として、輸血を追加する必要性を否定している」部分をいう。

他方、「G意見書の上記イの意見」とは、「G意見書は、「赤血球数、ヘモグロビン値及びヘマトクリット値が4月29日に急激に下がったこと、同日午後3時の血圧も94/72に下降し、頻脈も出現していること、看護記録には、同日午後2時の欄に粘血便5回ありとの記載があり、同日午後4時30分の欄にはタール便にて多量にありとの記載があることなどからすれば、同日午後4時30分の時点では迷うことなく上部消化管出血の可能性を考え、緊急内視鏡検査で出血源の検索と止血術を行い、出血性ショックに備えるべきであった。」「4月29日から30日にかけての赤血球数、ヘモグロビン値及びヘマトクリット値の下降は極めて急激で、大量の消化管出血が生じていることは明らかであり、4月30日のヘモグロビン濃度約5.2g/Dlを10g/Dlまで上げるには、400cc由来のMAP約4本を半日以内に輸血する必要があった。」などと指摘している」部分を指す。

判例時報の匿名コメントによる要約では、「患者の相当多量な血便や下血、ヘモグロビン値やヘマトクリット値の急激な下降、頻脈の出現、ショック指数の動向等からすれば、患者の循環血液量に顕著な不足を来す状態が継続し、輸血を追加する必要性があったことがうかがわれ」るため、E意見書よりもG意見書の方が信頼性が高いのではないかという考えがあつてしかるべきなのに、両意見書の各内容を十分に比較検討しなかったうえ、E意見書を主たる根拠として事実認定したことに、採証法則に反する違法があるとされてい

る。ここでは、他から認定できる事実、あるいは前提事実について、私的鑑定意見がどれだけそれらの事実と一致しているかという観点から、信頼性が判断されている。

また、原審が、被告側からE意見書が提出されたにもかかわらず、第一回口頭弁論期日に口頭弁論を終結していることについては、本判決が述べるように、原告側に反論の意見書を提出する機会を与えなかった点で不当であろう⁽¹⁸⁾。さらに、最判平成18年1月27日(判例4))に照らせば、その内容について相手方当事者の反対尋問にさらされていない私的鑑定書については、安易にその結論を採用することはできないというべきであるから、この面から見ても、原審の証拠評価は相当でなかったのであろう。

4 検 討

(1) 判例の分析

判例を概観すると、まず、鑑定意見・私的鑑定意見を排斥する際、それらの内容(専門的知識)の当否に踏み込んで排斥するものと、必ずしも内容には踏み込まずに排斥するものの二つがあることがわかる。

基本的には、鑑定が前提としたと思われる事実と、裁判所が認定した事実とのそごを問題とする、判例(3)のような排斥の仕方は、鑑定書の内容の当否を判断せずに、鑑定意見を排斥するものといえる。また、判例(1)の大塚補足意見に見られるような、鑑定人の専門分野を基準として信用性を判断するという手法は、基本的には、鑑定書の内容の当否の判断に入る前に、内容の当否には踏み込まずに鑑定書の証拠価値を判断するものであろう。他方で、判例(3)に見られるような鑑定人の能力に関する判断は、鑑定人に専門的な知

(18) 判例(6)についての判例時報の匿名コメント(判例時報1956号(2007年), 77頁以下)は、採証法則違反となることの根拠として、三点が重視されているとし、そのうちのひとつとして、「原審が両意見書の各内容を十分に比較検討する手続を執ることなく、原審の第一回口頭弁論期日において口頭弁論を終結したこと」があるとしている。

識・経験があるかどうかという問題であって、判例(3)では、鑑定意見の内容が疑わしいことから、その鑑定人の能力が疑わしいものであるとされている。鑑定人の能力といった場合にも、専門分野であるかどうかという問題は、鑑定意見の内容に踏み込まなくとも判断ができるが、専門的知識・経験があるかどうかというところは、実際の鑑定意見の内容に踏み込まなくては判断出来ないことが多いと思われる。もっとも、判例(3)における鑑定人の能力の判断については、主に、鑑定意見の内容の当否にかかわりのない事情が挙げられており(鑑定の前提とした事実と裁判所によって認定された事実の不一致、客観的資料を精査した痕跡のないことなど)、このような事情から、鑑定人の専門的知識・経験の有無を判断できる場合もあろう。いずれにせよ、この意味での鑑定人の能力(専門的知識・経験)は、それ自体を独立して判断することは困難であって、他の事情を検討した上での、結論的な判断にならざるを得ない面があるように思われる。

鑑定人の能力についてはともかくとして、鑑定意見の内容の当否について判断する場合にも、まず、鑑定意見の内容の当否には直接はかかわらない事情について検討することは有益であろうと考えられる(たとえば、判例(5)、(6)について、鑑定が前提とした事実と裁判所が認定した事実との齟齬を問題とするものと考えれば、この種の判断手法を採用していると考えられる)。しかしこれらの、鑑定意見の内容の当否にかかわりのない事情によって、鑑定意見の証拠価値が否定されることが、通常のことであるのか、という問題は残る。すなわち、これらの最高裁判例は、鑑定に関する病理現象を扱ったものであり、事実審は通常、これらの問題が発生しないよう注意を払っているのではないのか、ということである⁽¹⁹⁾。このように考えると、鑑定意見の内容の当否に関する判断と、それ以外の判断を分けるといっても、結局重要であるのは鑑定意見の内容の当否に関する判断であるということになる。この

(19) また、仮にこのような問題が発生した場合も、事実審の段階であれば新たな鑑定を求めるなどの対応が可能である。

点で注目に値するのが、判例(6)である。ここでは、いずれも私的鑑定意見ではあったが、それぞれについて、前提となる事実との符合を問題にして、それぞれの信頼性を判断した後に、両意見書を比較検討したと見るのできるのである。判例(6)では、最終的に、鑑定意見の内容の当否に関する判断が行われているが、その判断には、私的鑑定意見と前提となる事実あるいは客観的な事実との符合の程度が影響しているように思われるのである。

このように考えると、鑑定意見の内容の当否にかかわりのない事情に基づいて鑑定意見の証拠価値を判断する際には、証拠価値があるかないかの二者択一の問題と捉えるべきではなく、その中間であるところの、証拠価値に疑いがある、という分類を認めるべきであろうと考えられる。具体的には、鑑定事項について、大部分は鑑定人の専門分野であるが、一部についてはそうでない場合の鑑定意見や、鑑定意見について前提となる事実とのずれが一部にとどまっている場合、反対当事者からの反論にさらされていない私的鑑定意見(判例(4))の場合、一方当事者に有利すぎる私的鑑定意見の場合などが、この分類に含まれると考えられる。

(2) 証拠価値に疑いがある場合とその扱い

第一に、鑑定人の専門分野の問題がある。鑑定人の専門分野が、全体として鑑定事項と関係のないものであった場合、基本的には鑑定意見の証拠価値を否定してよいと思われる(この場合、事実審としては、新たに鑑定人を選任するべく行動すべきである)。他方、鑑定事項の大半は鑑定人の専門分野であるが、一部についてはそうでないという場合には、専門分野でない部分については、証拠価値に疑いがある場合とすべきである。この場合、一部が専門分野でないことは、基本的には、残部の証拠価値に影響を及ぼさないというべきであろう。たとえば、ある鑑定事項について、鑑定人自らが、その事項は専門分野外であると述べることは、それが全体から見ても一部にとどまる限り、むしろ、その鑑定人の率直性を現しているとみることができるからである⁽²⁰⁾。

第二に、鑑定意見について前提となる事実とのずれが一部にとどまっている場合がありうる。これは、前提となる事実とのずれが少しでもあれば、鑑定意見の証拠価値が全面的に否定されるというものではなく、その事実のずれが、どこまで影響を及ぼすのかということを検討すべきであるとする立場である。特に、時系列順に鑑定事項が定められているような場合（例：4月1日の時点での治療は適切であったか、4月2日の時点での治療は適切であったか、等）、時系列的に後の鑑定事項について、前提事実とのずれがあったとしても、それより前の鑑定事項については、前提事実とのずれがないと考えうるのではないか。ただし、一部であっても前提事実とのずれがある鑑定（この部分の証拠価値は否定されるべきである）をしたということは、残部についても適切に鑑定がされていないのではないかと疑いを生じさせる。そのため、この場合、一部について前提事実とのずれがあることは、残部について前提事実とのずれが認定されない場合であっても、残部の証拠価値について疑いを生じさせるものといえる（したがって、裁判所が鑑定人を選任する、いわゆる正式の鑑定の場合、裁判所としては、鑑定人に補充鑑定等を求める措置を講ずるべきである）。

第三に、反対当事者からの反論にさらされていない私的鑑定意見の場合がある。これは、正確には、反対当事者に反論の機会があったことを必要とするものである。反論としては、その私的鑑定意見を執筆した専門家の証人尋問、あるいは、内容的に反論する意見書の提出等がありえよう。そして、反対当事者の私的鑑定意見に反論するため、協力医等の助力が必要になるような場合であれば、その準備期間は自ずと長くならざるを得ず、判例(6)の原審のように、一方から意見書が提出されているのに、第一回口頭弁論期日に弁

(20) 具体例として挙げられうるものとして、我妻堯編著『新訂 鑑定からみた産科医療訴訟』（日本評論社、2013年）、405頁の鑑定書におけるその旨の記載がある。

他方、鑑定人が、鑑定事項の一部が自らの専門分野でないにもかかわらず、そのことを明言せず判断している場合には、残部の証拠価値に影響を与える。この場合、この鑑定意見は、全体として証拠価値に疑いのあるものとなる。

論を終結することは、基本的には許されないであろう。また、この判例(6)の原審のような場合を考えると、私的鑑定意見を提出した側からも、相手方に反論の機会を与えるよう求めることができるものと考え⁽²¹⁾。この場合、私的鑑定意見を提出した側としては、相手方に反論の機会が与えられなかったために、自己の提出した証拠の価値が低くなっていると見ることも可能だからである。もっとも、これらの場合に、反論の機会を与えることが、訴訟の引き伸ばし戦術に使用されないようにするために、いつまでに反論をすべきか、明確に期限を定めることも考えられよう。

第四に、一方当事者に有利すぎる私的鑑定意見の場合が含まれる。私的鑑定意見は、一方当事者が提出するものであるもので、結論として一方当事者に有利であるのは当然の事柄である。しかし、鑑定事項を定めて私的鑑定意見が執筆されている場合に、全鑑定事項について、その当事者に有利な結論が採用されている場合などには、特段の事情のない限り、この私的鑑定意見の証拠価値に疑いがあるというべきである⁽²²⁾。このような私的鑑定意見については、認めるべきことを認めていないのではないかという疑いを差し挟むことが可能だからである。以上からして、この第四の場合には、どちらかと

(21) 石川正ほか「座談会 現代型訴訟と鑑定 私鑑定を含めて」NBL 782号(2004年)、4頁以下、11頁に、国内法に関する私鑑定が議論の対象であるが、「私鑑定を出して証人尋問の採用を申請し、相手方が採用に反対だということにしておいて、こちら側の私鑑定のクレディビリティを高めるという格好にします。どうぞ反対尋問をして下さい、といいます」(石川正発言)との記述があり、参考になる。

(22) 福田剛久ほか「座談会 医療訴訟と専門情報 1」判例タイムズ1119号(2003年) 4頁以下、27頁には、「医療機関側に立っているから、あるいは患者側にたっているからといって、全面的に患者側、全面的に医療機関側に有利に書くというのは、医師として難しいんじゃないかなと思います」(福田剛久発言)とあり、この発言に対し、「それが多分答えなんですよ」(東京医科歯科教授(当時)の高瀬浩造発言)との応答があった。また、同25頁には、「その点で一番難しいと思うのは、どちらかの立場での意見書というのはやはりドクターは非常に書きにくいと思います。中立な立場での意見というのは比較的述べやすいんです」(高瀬発言)という発言がある。

仮にそうだとすれば、どちらの主張も全く不合理とまではいえないような事案で、一方にのみ有利な私的鑑定書が提出された場合、その鑑定書の内容については疑いを抱いてしかるべきではなかろうか。

いうと政策的な判断が介在している。私的鑑定意見の作成・提出に際しても、認めるべきところは認め、真に争いのある部分について意見を戦わせるべきだという考え方を前提にしているからである。

以上、具体例として、四つの場合には証拠価値に疑いがあるとしているが、それでは、証拠価値に疑いがある場合には、どのように取り扱われるべきであろうか。この場合の、鑑定意見の証拠価値に対する疑いは、証拠価値に対する疑いのない鑑定意見等との比較検討の場において、考慮されるべきものといえる。このような比較検討の場においては、証拠価値に疑いのある鑑定意見は、基本的にはそこから積極的な事実を認定できる証拠としてではなく、比較対象の鑑定意見の証拠価値を判断するためにのみ、使用できるとすべきである。もっとも、証拠価値に対する疑いといっても様々のものがあり、上の4例でも、それぞれに疑いの程度は異なりうる。たとえば、第四の一方当事者に有利すぎる私的鑑定意見の場合などは、比較検討の対象とされた鑑定意見等を内容的に完全に否定するようなものである場合、翻って考えればこの私的鑑定意見の方が証拠価値が高いということなのであるから、この場合にはこの私的鑑定意見に従った事実認定を肯定してもよいと考えられる。他方、反対当事者からの反論にさらされていない私的鑑定意見の場合、比較検討の対象とされた鑑定意見等の内容を完全に否定するものであるように見えても、原則として、この種の私的鑑定意見に基づく事実認定には慎重であるべきであろう。

(3) 鑑定意見の証拠価値に疑いのない場合等について

これは、特に、鑑定意見等について、内容の当否にかかわりのない事情からは証拠価値に疑いが生じなかった場合であって、しかもそのような鑑定意見等が複数存在する場合に、問題になる。すなわち、どの鑑定意見を信頼すべきか、という、非常に判断の困難な問題が存在するのである。

これについては、問題の性質からみても、一定の定型的な基準を定立することは困難であり、可能であるのは、判断の際に考慮すべき点を挙げていく

という手法であろう。以下では、このような見地から、手がかりを探ってみたい。

ア 鑑定人の真意の把握が必要であること 一部のつまみぐいについて

判例(2)、(4)に見られるような、鑑定意見の一部の恣意的なつまみ食いともいうべき判断に関して考慮すべき事柄である。すなわち、判例(2)では、鑑定意見中の「ネオマイゾンが起因剤として最も疑われるが確証がない」との記述をもとに、原審では起因剤をネオマイゾンとして認定しているのであるが、最高裁によれば、この鑑定意見の真意は複数の薬剤の相互作用による発症を否定するものではなかったとされている。ここでは、鑑定意見を、鑑定人が意図しなかったような形で評価することが咎められている。また、判例(4)では、鑑定意見等の記述に、「実情としては多種類の抗生剤を投与することが当時の医療現場においては一般的であった」という趣旨のものがあつたとしても、このことから直ちにこれが当時の医療水準であつたと判断することはできないとしている。ここでは、医療水準というものの判断の困難さが含まれているのはもちろんであるが、鑑定人の意図として、その実情とされていた状態を、肯定的に判断しているのか、否定的に判断しているのかという、鑑定人の真意の把握が不十分であつたという問題があるのであろう。他方で、鑑定人の真意が十分に把握されているときには、それに沿った形で鑑定意見の一部を採用することも、十分に可能であると思われる。

イ 鑑定人の真意の把握が必要であること 鑑定人の鑑定に対する姿勢について

判例(2)に見られるような、鑑定意見の評価に関して、それが科学的・医学的見地から確実に証明できることだけを述べたものであると判断するに関して考慮すべき事柄である。鑑定意見について、いったんこのような評価（科学的・医学的見地から確実に証明できることだけを述べている）がされれば、法的・規範的判断の余地は広くなるであろう。少なくとも、そのような鑑定意見に従った事実認定が、そのまま法的・規範的にも妥当であるのかという判断が必要になるはずである。そのため、このような評価（科学的・医学的

見地から確実に証明できることだけを述べている)をするためには、まず鑑定人の真意を把握する必要があるであろう。またその際、これは鑑定人の鑑定に対する姿勢の問題であって、必ずしも特定の鑑定事項についての判断内容に現れているとは限らないことであるので、鑑定意見の全体から、このような評価ができる場合である必要があろう。

ウ 鑑定人の真意の把握が必要であること 鑑定意見が妥当する範囲

判例(5)、(6)で問題になったような、結論の異なる複数の鑑定意見について、あるいはいずれの見解も誤ってはいないものの、一方の鑑定意見はそこで問題になっている事案とは異なる事案を想定している、というような場合に考慮すべき事柄である。すなわち、判例(5)では、「患者が、手術の翌々日の午前八時ころには、開腹手術をしなければ救命の余地がないかも知れないという状況に陥っている一方で、開腹手術によってかえって生命の危険が高まるという状況にはなかった」という具体的状況を、判例(6)では「患者の相当多量な血便や下血、ヘモグロビン値やヘマトクリット値の急激な下降、頻脈の出現、ショック指数の動向等からすれば、患者の循環血液量に顕著な不足を来す状態が継続し、輸血を追加する必要性があったことがうかがわれ」という具体的状況を考慮しているかどうかで、信頼性を決定していると考えることができるのである。もっとも、これらの具体的状況は、前提となる事実のずれという形で問題にすることも可能であるが、前提となる事実というほど具体的に確定できないのであれば、鑑定意見が妥当する範囲という形で問題にせざるをえないであろう。いずれにせよ、この場合も、鑑定人の真意を把握することが必要になってくる。

エ 鑑定人の真意の把握が必要であること 程度・確率等について

鑑定意見においてされた評価について、鑑定人はどの程度のことを考えてその表現を採用したのかが問題になりうる。具体例として、鑑定によれば、「患者の救命のためには、激しい腹痛に対して腹部膨満は強くないという臨床所見のギャップに違和感を感じ取って、原因は必ずしも明確ではないが、緊急開腹手術によって原因を究明すべきであるといった外科医の直感にも近

い臨床的判断が必要となる」のであるから、「患者の病態を正確に把握して治療方針を決定することは極めて困難」であるとした裁判例が存在する⁽²³⁾。ここで注目すべきは、鑑定意見に、「外科医の直感にも近い臨床的判断が必要となる」という記述が存在することである。医療訴訟において、鑑定意見が、患者の救命のためには特定の行為をすべきであった、としていても、その「すべきであった」が、どの程度のことを指すのかについては、鑑定人の真意を把握する必要がある。つまり、それは望ましいことであった、というのにとどまるのか、医師としてその行為をしないことはありえないことであった、という非難のレベルにまで達しているのか、といったことを把握する必要があるのである。そのため、この裁判例の鑑定意見中に、「外科医の直感にも近い臨床的判断が必要となる」という記述があることは、この意味での程度が必ずしも高くないことを明確に示すものであり、質の高い鑑定意見が提出されていると見ることができる。

これに関連していえば、鑑定意見等において、確率的なものが問題になっている場合に、どの程度の確率であるのかを、鑑定人に明確に示させるというのは、よい方法であろうと思われる。法の解釈の際に用いられる「可能性」や「蓋然性」という言葉によらずに、「可能性が高い」「可能性が低い」「可能性が中程度ある」などと、可能性の程度を特定して記載させる試み⁽²⁴⁾というのが、その一例である。もっとも、この意味での確率が示された場合、特に、ある確率が100パーセントであるとされたような場合に、これと異なる判断を、法的・規範的判断であることを強調してすることができるとについては、別個の検討が必要になるとと思われる。

(23) 東京・大阪医療訴訟研究会編『医療訴訟ケースファイル Vol. 4』(判例タイムズ社、2010年)、111頁以下の裁判例、特に113頁。

(24) 白石史子ほか「医事関係裁判における鑑定機能強化のための新たな取り組み ～千葉地方裁判所における「鑑定書作成の手引」の試みについて～」判例時報2165号(2012年)、3頁以下、8頁等。この文献では、医療行為の適否の評価についても、検討がされている。

オ 医学文献との対比について

医療訴訟では、鑑定意見や私的鑑定意見のみならず、医学文献が提出されることもある（判例(2)にも具体例がある）。医学文献については「当然のことながら、一般的な医学知識ではなく、当該事件における患者の病態への当てはめについては、一般的な形では、専門的知見は得られないので、個別具体的な当てはめに関する意見を出してもらう必要がある」とされている⁽²⁵⁾。この医学文献と比較すると、鑑定意見等は、その事案に適合的な専門的知見を当てはめまで含めて供給できる点で、優れているであろう。もっとも、医学文献が、一般的に想定される事案に適合的な専門的知見を述べている場合に、鑑定意見等が述べている、それとは異なる知見が、事案が異なるために妥当するという趣旨であるのか、そもそも医学文献の一般論が誤っているという趣旨であるのかは、確認の必要があるであろう。仮に前者であった場合、その事案の差が、結論の差異を導くほど重要なものかどうかを検討の対象となろう。後者の場合は、いずれを信用できるかという問題になるのであるが、この判断が困難である場合、この問題に関する鑑定等が必要となるということもありえよう。

要するに、医学文献との対比で重要であるのは、一般論だけでは意味がないが、一般論から離れる際には、相応の正当化が必要であるということである。

(4) 一応の基準

以上の分析からすると、2(2)で引用した、鑑定意見の評価基準については、次のように明確化あるいは再構成することが可能ではないと思われる（下線部が、本稿での検討の結果である）。

(25) 池田辰夫ほか「医事関係訴訟における審理手続の現状と課題（下）」判例タイムズ1331号（2010年）、5頁以下、13頁（摺斐潔発言）。

- 1 鑑定の結果が他の証拠からも推測されるところに合致する場合には、これを採用し、同趣旨の判断をする。この場合には、鑑定があることにのみ依拠して判断が安易に流れることのないようにすべきだが、その結論が不利益となる側の当事者が説得力のある反論を示さないなら、このことを弁論の全趣旨として斟酌することができる。
- 2 鑑定の結果が、他の証拠もしくは裁判所の既成の知識から予測されたとことと異なり、または鑑定理由の一部に疑問点があつて、ただちには採用しがたいという場合、あるいは、結論または理由付けを異にする複数の鑑定がある場合。
 - (1) まず、鑑定意見の内容の当否にかかわりのない事情につき判断すべきであり、鑑定の前提事実のずれが甚だしい場合や、鑑定事項の大半が鑑定人の専門分野外であるような鑑定意見は、この時点で証拠価値を否定するべきである。鑑定事項について、大部分は鑑定人の専門分野であるが、一部についてはそうでない場合の鑑定意見や、鑑定意見について前提となる事実とのずれが一部にとどまっている場合、反対当事者からの反論にさらされていない私的鑑定意見の場合、一方当事者に有利すぎる私的鑑定意見の場合などは、証拠価値が全くないともいえないが、証拠価値に疑いがある場合とすべきである。
 - (2) 証拠価値に疑いがある鑑定意見等と、そのような疑いのない鑑定意見等を比較検討する場合には、証拠価値に疑いがある鑑定意見等は、あくまで補助的に用いられるべきであり、そこから事実を認定することには、基本的に慎重であるべきである。
 - (3) 証拠価値に疑いのない複数の鑑定意見等を比較検討する場合、まずは鑑定人の真意を把握すべきであり、鑑定意見等ではこの点が不十分にしか明らかになっていないのであれば、何らかの手段によって確認されるべきである。その際、鑑定意見の一部を採用する場合、鑑定人の鑑定に対する姿勢を問題にする場合、鑑定意見が妥当する範囲を問題にする場合、鑑定意見が述べている程度・確率等を問題にする場合

などは、特に注意が必要である。裁判所がなすべきことは、生の科学的判断ではなく、法的、規範的判断であるが、法的・規範的判断を強調する場合には、鑑定人が、科学的・医学的見地から確実に証明できることだけを述べていることを示しておくべきである。医学文献との対比については、一般論としては、医学文献を過信することには問題があるが、医学文献と結論が異なるようにみえる鑑定意見については、なぜ、そのような違いが生じているのかを確認すべきである。

5 結びに代えて

本稿では、鑑定意見等の証拠評価について、最高裁判所の判例を素材として、専門的・科学的知見に対して法的・規範的判断を強調することが適当な場合とはどのような場合であるのかということにも留意しつつ、検討した。まず、鑑定意見と私的鑑定意見では、その内容の当否にかかわらない事情の判断に差があることを確認した。つぎに、内容の当否にかかわらない事情を判断する際にも、証拠価値を否定すべき場合と、証拠価値について疑うべき場合、証拠価値につき疑うべき事情のない場合に分類した。鑑定意見の内容の当否について判断する場合には、まず鑑定人の真意を把握することが重要であると分析した。法的・規範的判断を強調することは、少なくとも、鑑定人が、「医学的・科学的見地から確実に証明できることのみを述べている場合」には、妥当であろうとした。

本稿での結論は、不十分な素材について断片的な検討を加えて得られた、暫定的なものであり、今後、大方のご批判を仰ぎたい。